

PROCESO No. 11066

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 66

Magistrado Ponente :

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D.C., once de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al procesado HECTOR JULIO PALACIOS ALARCON por el concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos y actuación procesal.-

A eso de las nueve y quince minutos de la noche del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y tres, en el establecimiento denominado "Panadería Central" ubicado en el Caserío San Fernando del Municipio de Líbano (Tol.), de propiedad del señor HECTOR JULIO PALACIOS ALARCON, perdieron la vida JOSE ANDRES MARTINEZ (padre) y JOSE ANDRES MARTINEZ PEÑA (hijo), a consecuencia de heridas ocasionadas con arma de fuego

Con fundamento en la denuncia penal presentada en contra de PALACIOS ALARCON por LAURA MARIA PEÑA, esposa y madre, respectivamente, de las víctimas, la Fiscalía

Cuarenta y Uno de Líbano declaró abierta la instrucción (fls. 12), lo vinculó mediante diligencia de indagatoria (fls. 37 y ss.), y definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 62 y ss).

Previo clausura del ciclo instructivo (fls. 206), el doce de mayo de mil novecientos noventa y cuatro calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de HECTOR JULIO PALACIOS ALARCON por el concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls. 223 y ss.-1) determinación que adquirió ejecutoria en esa instancia, pues no obstante haber manifestado el defensor interponer recurso de apelación, no lo sustentó siendo por tanto declarado desierto (fls. 242).

Del juicio conoció el Juez Segundo Penal del Circuito, autoridad que presidió la vista pública. En dicha diligencia, el Fiscal Acusador luego de advertir que adopta una posición jurídica distinta de la asumida por el funcionario que le antecedió en el cargo, solicitó “se dicte sentencia condenatoria contra el señor HECTOR JULIO PALACIOS ALARCON, por el delito de porte ilegal de arma de fuego, la condena por el exceso en la legítima defensa en lo que dice relación con ANTONIO TRIANA y la sentencia absolutoria por la muerte de JOSE ANDRES (hijo), esto último porque actuó en legítima defensa de sus bienes, de su integridad y de su vida. Como es obvio, se complementa la solicitud con la condena de ejecución condicional” (fls. 312 y ss.).

La instancia culminó con condena contra el acusado a la pena principal de treinta y cinco años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de la pena privativa de libertad, al encontrarlo penalmente responsable del concurso de delitos imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 320 y s).

Contra el fallo de primer grado, el defensor interpuso recurso de apelación que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué desató, mediante sentencia de segunda instancia, proferida el veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y cinco, en la

que confirmó íntegramente la providencia impugnada (fls. 3 y ss. con. Tribunal).

Contra esta sentencia, en oportunidad, el procesado y su defensor interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el ad quem (fls. 51), habiéndose presentado dentro del término legal la correspondiente demanda (fls. 54 y ss.), la cual fue admitida por la Sala (fls. 4 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en las causales tercera y primera de casación, en su orden, previstas por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, tres cargos son formulados al fallo del Tribunal.

PRIMER CARGO. (Nulidad por violación del debido proceso).

Aduce al respecto que en cumplimiento de la función otorgada por el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal 41 Seccional en la audiencia pública “ de manera posiblemente no muy técnica, hizo una variación a la calificación jurídica contenida en la resolución de acusación “ que no se resolvió por el Juzgado del Circuito; pues, frente a la nueva postura procesal asumida por la Fiscalía, el juez debió haber declarado la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria, para que se procediera a efectuar una nueva calificación jurídica de la conducta conforme a la nueva realidad que el proceso ofrecía; el no hacerlo, ha dado lugar a la configuración de una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso remediable solamente por vía de la nulidad.

SEGUNDO CARGO. (Violación indirecta de la ley sustancial).

En subsidio de la primera censura, acusa el actor el fallo de ser indirectamente violatorio, por error de hecho, del artículo 29.4 del Código Penal.

En ese sentido, alude que “ toda la prueba allegada al proceso, tanto de carácter testimonial, como pericial, confesión del procesado y de indicios”, demuestra que se presentó una riña entre el sujeto apodado “Mojorro” y un trabajador de la Finca “Jordán”, que degeneró en trifulca por el estado de embriaguez en que se encontraban los presentes, ante lo cual PALACIOS ALARCON, optó, como medida preventiva, por cerrar las puertas del establecimiento. En ese momento, sostiene, armado de un machete se hizo presente el joven JOSE ANDRES MARTINEZ PEÑA, poniendo en inminente peligro los bienes, la integridad física y la vida de quienes estaban en el interior, viéndose el procesado obligado a disparar causándole la muerte de manera casi inmediata. Al mismo tiempo, apareció el señor JOSE ANDRES MARTINEZ, padre del anterior, con arma de fuego en la mano y disparando indiscriminadamente, ante eso HECTOR JULIO tampoco tuvo otra alternativa que volver a hacer uso del revólver que portaba y disparar causándole la muerte, ubicando la conducta dentro del contenido del artículo 29.4 del C. P..

A esta conclusión dice llegar el casacionista, luego de enunciar la confesión del procesado, y “la numerosa prueba testimonial, en particular” de LEONIDAS GARCIA LEON, MIRIAM PALACIOS, JORGE COTRINO, PEDRO DELGADO GALINDO, ISRAEL ANGULO, BLANCA TULIA RODRIGUEZ CORTES, Y FERMIN RODRIGUEZ VARON “por sólo citar unos pocos y los más debatidos”.

Estas pruebas, sostiene, no obstante encontrarse en el proceso y haber sido aducidas, “no se les dio valor alguno en cuanto a la certeza sobre la forma como los hechos realmente sucedieron”, determinando la no aplicación del artículo 29.4 del C.P. en cuanto hace a las muertes de JOSE ANDRES MARTINEZ y JOSE ANDRES MARTINEZ PEÑA, por los cuales debió ser absuelto el procesado.

TERCER CARGO. Violación indirecta de la ley sustancial.

En este capítulo, subsidiario de los dos cargos que preceden, el actor denuncia violación indirecta, por falta de aplicación derivada de errores de hecho en la apreciación probatoria, del artículo 60 del C. P.

Afirma que “de acuerdo con la descripción de los hechos que hizo el procesado en su indagatoria, por la forma como fue atacado en sus bienes y en su persona por el ahora occiso JOSE ANDRES MARTINEZ PEÑA, quien estaba armado de machete y haciendo gala de actitud belicosa, agresiva, violenta y pendenciera, hizo que entrara en estado de alteración de ánimo y más precisamente en estado de ira por grave e injusto comportamiento del mencionado victimado”.

Esta situación, sostiene, es respaldada por el testimonio de LEONIDAS GARCIA LEON, MIRIAM PALACIOS, JORGE COTRINO, PEDRO DELGADO GALINDO, ISRAEL ANGULO, BLANCA TULIA RODRIGUEZ CORTES y FERMIN RODRIGUEZ VARON, de cuyo contenido se deduce que “ para el momento de los hechos el procesado HECTOR JULIO PALACIOS ALARCON procedió en estado de ira determinado por el grave e injusto comportamiento del joven JOSE ANDRES MARTINEZ PEÑA primero y luego de manera sucesiva y casi que instantánea por igualmente grave e injusto comportamiento del padre de éste JOSE ANDRES MARTINEZ”.

No obstante, prosigue, “ en la sentencia acusada no se le dio ningún valor a estas pruebas a pesar de haber sido legalmente recaudadas y allegadas al proceso”, lo cual determinó la no aplicación del artículo 60 del Código Penal y, con ello, “la diminuyente de culpabilidad correspondiente”.

Con fundamento en lo expuesto, solicita que se case la sentencia acusada. De aceptarse el primer cargo, se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación inclusive, sin afectar el cierre de la investigación, el traslado para alegar de conclusión y las pruebas recaudadas durante el juzgamiento. Y, de aceptarse cualquiera de los cargos

subsidiarios, se profiera el que deba remplazar el fallo demandado.

El Concepto del Procurador Primero Delegado.-

1.- En relación con el cargo que por nulidad se postula en la demanda, sostiene que frente al tema de la variación de la calificación en la etapa de la causa, han sido presentados criterios opuestos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, pues mientras la primera considera posible el cambio por razón de que la calificación jurídica del hecho tiene carácter provisional, la Corte sostiene la inmodificabilidad de la acusación, sin perjuicio de que el juez deba invalidarla cuando encuentre que dicha resolución afecta el debido proceso, sea por inobservancia de los requisitos formales exigidos en su expedición, o por haber incurrido en error en la denominación jurídica de la conducta.

Con base en estas posturas, estima la Delegada que la calificación jurídica de la conducta es provisional y el requisito de contener el capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal donde se ubica, no indica que el Juzgador inexorablemente quede atado a ella, pues apoyado en los medios de convicción puede variarla en el fallo siempre y cuando no contraríe el capítulo señalado en la acusación.

En el caso a estudio, sostiene, no resultaba procedente que el Juez accediera a las peticiones presentadas por el Fiscal en la audiencia, como lo pretende el casacionista, porque del análisis y valoración de las pruebas hechas por los juzgadores, concluyeron existente la tipicidad y responsabilidad de los delitos imputados al procesado.

No es cierto, agrega, que el juzgador haya calificado arbitraria e ilegalmente el mérito sumarial, pues la función acusadora compete exclusivamente a la Fiscalía, y si lo que hace el juez es adicionar cargos no contemplados en la acusación, no está dictando una resolución de acusación sino una sentencia incongruente con la providencia calificatoria, caso en el cual la vía de ataque no sería la tercera sino la segunda, salvo el evento de

que al procesado se le sorprenda con un cargo no imputado ni debatido, demandable por la causal tercera.

Si de acuerdo con la ley el juzgador puede absolver al procesado, también con apoyo en la prueba puede declarar su participación en el hecho pero dentro de un menor grado de compromiso penal.

Y, en el mismo orden, la petición de absolución o de reconocimiento de circunstancias de atenuación punitiva, no demeritan ni hacen desaparecer los cargos formulados en la resolución acusatoria, pues la función del Fiscal de presentar los alegatos correspondientes en cumplimiento de su deber como sujeto procesal durante el juicio, no debe ser entendida como una variación de la acusación, menos cuando como, en este caso, no obra prueba sobreviniente, como ha sido establecido por la jurisprudencia.

En consecuencia, considera que debe desestimarse la solicitud de nulidad que se presenta en la demanda.

2.- Por considerar que los cargos segundo y tercero, se refieren a la apreciación errada de algunos medios de prueba, y se presentan en similares argumentos, la Delegada hace alusión de ellos de manera conjunta, no sin antes advertir que en caso de prosperar resultarían excluyentes por que el relacionado con la causal de justificación daría lugar a la absolución, en tanto que el relativo a la ira, conduciría a la condena, solo que atenuada.

Con esta advertencia, sostiene no ser cierto que los juzgadores hubieren apreciado erradamente las pruebas que son enunciadas por el casacionista, ni tampoco que no se les haya otorgado valor alguno, pues en el fallo de primero y segundo grado se analizan y valoran tanto la confesión del procesado como los testimonios a que se refiere el demandante.

Lo que ocurre, prosigue, es que los juzgadores no le otorgaron a las pruebas que menciona el mérito que persigue el memorialista dado que con las mismas no logra desvirtuarse la acusación hecha contra el procesado, siendo en esas condiciones lógico impartir condena conforme se hizo de modo acertado.

Como la propuesta del casacionista ofrece es una valoración distinta de los medios de prueba, y esto resulta improcedente de ser aducido en casación dada la libertad que tienen los juzgadores frente al mérito de los medios de convicción, conforme lo señalan los artículos 254 y 294 del C. de P. P. el criterio de la Delegada se orienta por la desestimación de los cargos propuestos de modo subsidiario.

Concluye entonces, solicitando no casar el fallo impugnado (fls. 6 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA:

CARGO PRIMERO. (Nulidad por violación del debido proceso).

Insistentemente ha sido sostenido por la Corte, que la postulación del cargo al amparo de la causal tercera de casación, para demandar la invalidación de lo actuado, suele ser malinterpretada por quienes acuden con ese propósito a esta extraordinaria sede, pues consideran que la enunciación, desarrollo y demostración escapa a los presupuestos de forma y contenido que se exigen en relación con las otras causales, en punto tal de poder ser presentado el reparo de cualquier manera sin tener que cumplir con la carga de acreditar la efectiva transgresión de la ley por el fallo, fin y objeto del recurso, lo cual, por supuesto, da al traste con las expectativas que con su interposición se generan en los sujetos intervinientes.

En este caso, la pretendida violación del debido proceso no pasa de la sola enunciación a partir de consideraciones personales sobre lo que constituye el rito legal y su estructura,



pero no se indica cuál en concreto fue la actuación lesiva del ordenamiento, cómo fueron socavadas las bases fundamentales de la acusación o el juzgamiento, ni porqué el fallo fue proferido dentro de un juicio viciado de nulidad.

El cargo se soporta en afirmar que por el solo hecho de haber optado el Fiscal interviniente en el juicio oral por apartarse del contenido de la providencia calificatoria proferida por su antecesor, y solicitar al juez de la causa que el fallo se produjera de modo atenuado frente a unos hechos o absolutorio respecto de otros, el pliego de cargos resultó modificado y que en tal medida, ante la variación de criterio, debió el juez haber invalidado la resolución acusatoria para que se proferiera de nuevo acorde con el nuevo planteamiento.

Un criterio expuesto en las aludidas condiciones, así se soporta en la tangencial referencia a la facultad acusadora del Fiscal de que trata el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, en verdad no constituye censura concreta, pues no indica cómo la referida facultad de disposición de la acción penal se integra al sistema colombiano, cómo armoniza con los demás principios que gobiernan el rito, cuál fue la disposición que resultó transgredida, o cómo por haber dejado de actuar el juez de la manera en que, en criterio del casacionista, ha debido hacerlo, propició que la estructura establecida para el proceso legal resultara afectada.

Al mencionarse en la demanda que “la vía de la nulidad es el camino para solucionar esta situación dado que en el actual Código de Procedimiento Penal no existe el mecanismo de la variación de la calificación jurídica, como sí existió antes y si el ente acusador cambia de postura, bien por equivocación o porque la prueba sobreviniente (sic), estimamos que el Juez carece de competencia para contradecir la nueva postura, en razón de la facultad acusatoria (sic) es de la exclusiva órbita de competencia de la Fiscalía Seccional, en este caso, por mandato del ya citado artículo 127 del Código de Procedimiento Penal”, no es más que la exposición de un criterio particular que ninguna

relación guarda con la estructura establecida para el proceso, la normatividad que regula la calidad en que actúa el fiscal durante la etapa del juicio (art. 444 del C. de P. P.) o la jurisprudencia sentada por la Corte en torno al tema.

En este último sentido conviene recordar lo dicho por la Sala, en reciente pronunciamiento (cuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve) con ponencia del magistrado JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGU dentro del proceso 10918, en donde se reiteran las tesis de la Corte sobre el punto, se aclara la facultad de la Fiscalía de declarar precluidas las investigaciones, y precisan las posibilidades que la ley otorga al juez y al fiscal con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación:

“1. Estructura procesal penal vigente. No se pretende ahora demostrar el mayor o menor grado de la inclinación acusatoria que sin duda ostenta nuestro sistema procesal penal, pues basta decir que la separación de juez y acusación es el presupuesto estructural de cualquier modelo teórico acusatorio que pretenda serlo y tal elemento básico está consignado inequívocamente en la Constitución Política vigente. Aunque la construcción teórica de cualquier sistema procesal es ampliamente convencional, lo cierto es que existen en Colombia unos límites constitucionales irrebasables, tales como que el debido proceso comprende la investigación, la acusación y el juzgamiento, si a ello hubiere lugar; que estas son funciones básicas que no pueden suprimirse o modificarse ni aun durante los estados de excepción; y que las dos primeras corresponden a la Fiscalía General de la Nación y la última a los juzgados y tribunales, organismos que son judiciales pero con distinta estructura y funcionamiento (arts. 29, 250, 252 y 253).

Ahora bien, para concretar la función de investigar los delitos y acusar eventualmente a los presuntos responsables, ante los juzgados y tribunales, el mismo texto constitucional prevé como facultad propia de la Fiscalía la de “calificar y declarar precluidas las investigaciones”, salvo en el caso de los congresistas, miembros de la fuerza pública por hechos relacionados con el servicio e indígenas (arts. 250-2, 186, 235-3, 221

y 246).

A la segunda parte de la expresión constitucional, “declarar precluidas las investigaciones”, no puede dársele el mismo sentido legal de una de las formas de calificación, al lado de la resolución acusatoria (arts. 439 y 443 C. P. P.), o la significación también legal de uno de los modos de terminación anticipada del proceso (art. 36 idem), porque si la frase está precedida por la acción ínsita en el verbo “calificar” y conectada lógicamente con ella, sería un absurdo que el constituyente hubiese repetido en el mencionado giro lo que precisamente acababa de decir con el vocablo comprensivo de la calificación (acusación y preclusión).

De otra parte, el carácter absurdo de ese entendimiento se intensifica porque en tal evento aparece una insostenible inversión de valores, en el sentido de que serían los vocablos “legales” los que sirven de fundamento de interpretación de los preceptos “constitucionales”, y no como debe ser: que la ley se interprete a la luz de los principios, valores, derechos y normas de la Constitución, pues ésta tiene un sentido directamente normativo (“norma de normas”, art. 4º) y su establecimiento se habría nutrido de la teoría del derecho, la filosofía, la política y otras ciencias que sin duda contribuyen a su nacimiento. Pues bien, la conexión lógica expresada en los términos constitucionales “calificar y declarar precluidas las investigaciones”, no significa entonces nada distinto de que el acto de “calificación” agota la actividad investigativa del Estado en esa primera fase del proceso (art. 29) y que sobre dicha calificación, una vez ejecutoriada, no podrá volver para modificarla en su esencia garantista ni la Fiscalía ni tampoco los jueces, pues de esta manera el texto constitucional no sólo reitera la separación funcional entre acusadores y juzgadores, sino que también indica cómo los primeros tienen el deber de presentar ante los segundos una pieza procesal autosuficiente, que se baste a sí misma para iniciar un debate que no podrá salirse de su marco. (Se destaca).

Es posible que ese acto formal de calificación, por medio del cual se declaran precluidas las investigaciones, no sea compatible lógica y funcionalmente con la experiencia histórica del ordinario procedimiento acusatorio en otros sistemas procesales, según los cuales el fiscal acusa por hechos, sin preocuparse de calificaciones jurídicas que corresponden al juez o tribunal, y en los que tampoco habría lugar a la preclusión de una etapa investigativa que no existe como actividad jurisdiccional, pero que en Colombia la Constitución y la ley sí tienen perfectamente individualizada como ejercicio judicial. A pesar de ello, el principio procesal de la preclusión aplicado al sumario en nuestro sistema significa que, además de buscar un pronunciamiento justo que declare la vigencia del derecho y la certeza de su disfrute, el ordenamiento procesal penal -por mandato constitucional- quiere que ello se consiga sin perjuicio de la necesaria celeridad y sin que los jueces puedan menospreciar apriorísticamente el esfuerzo jurisdiccional que constituye esa etapa procesal ya superada. A la par de procurar el valor de la seguridad, el proceso judicial se convierte en un mecanismo dinámico por su progreso y la repartición de funciones.

No es extraña la figura de la preclusión a una fase procesal en la cual no culmina ordinariamente el proceso (investigación) o a un acto intermedio como es la acusación, porque sobre el tema la doctrina advierte que dicho efecto preclusivo no se presenta sólo en el momento final, como medio para garantizar la intangibilidad del resultado del proceso (cosa juzgada), sino que se produce de igual manera durante el proceso, a medida que por su curso, las diversas cuestiones son decididas. De igual manera, la preclusión se ha entendido como un principio procesal cuya designación se hace por oposición al denominado de secuencia discrecional, precisamente para indicar que el proceso tiene etapas delimitadas y progresivas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovarla.

La preclusión de un acto procesal significa que no es posible volver a realizarlo, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida

oportunidad, máxime si quien pretende renovarlo (juez) carece de competencia para hacerlo. El principio de preclusión, en la práctica, trata de evitar los retrocesos procesales innecesarios, salvo la nulidad que tampoco podría asumirse como disculpa, pues sería ella una manera de disfrazar la violación de la regularidad procesal y el desbordamiento de las atribuciones constitucionales y legales de los respectivos órganos judiciales.

A propósito de la caracterización de la estructura procesal vigente en Colombia, vale la pena reiterar que el acto de “calificar”, como en el lenguaje jurídico usual significa poner los hechos o relaciones en un casillero legal, pues se trata de determinar la ley aplicable al caso, entonces desde la perspectiva procesal penal no puede ser algo diferente de una imputación tanto fáctica como jurídica, dado que se refiere a la apreciación de la naturaleza y las circunstancias de un delito, su autor y la pena que a ello corresponde, de cara a los textos legales, pues en dicha materia rige clamorosamente el principio de legalidad, como lo pregona el artículo 29 de la [Constitución Política](#), cuando prevé el juicio de valor sobre el acto reprochado siempre “conforme a leyes preexistentes”.

En atención entonces a los principios procesales de separación funcional y preclusión, la calificación del delito y la responsabilidad del autor, por estar contenida en una acusación, no puede desconocerse o variarse circunstancialmente antes de la sentencia, pues ésta constituye el próximo acto procesal del juez en la secuencia altamente integrada que dibuja el proceso, legalmente dispuesto para recoger los frutos de la discusión del juicio, cuando ya se establece lo confirmado o lo desvirtuado de la carga acusatoria, durante ese nuevo y progresivo ejercicio jurisdiccional que es la fase de juzgamiento. La variación operable en fallo, obviamente, está circunscrita al capítulo o al título correspondiente, como lo prefirió el legislador en el artículo 442-3 del C. P. P., siempre que no surjan para el procesado consecuencias más graves de las anunciadas en la acusación. De igual manera, ante circunstancias objetivas de

declinación de la acción penal (prescripción o muerte del procesado), es inexorable la cesación de procedimiento que, de todas maneras, no es un acto procesal que desconoce precozmente la acusación, sino que precisamente declara la imposibilidad de debatirla con vocación de sentencia.

Desde luego que el juez puede disentir de la resolución acusatoria, no para acomodarla u ordenar que se ajuste a su talante para él mismo impulsar el juicio, por medio de sesgadas nulidades; pero, como lo ha sostenido la Sala, sí puede negarse a conocer del proceso cuando la discrepancia recae sobre la calificación jurídica y la que se estima ignorada podría generar un cambio de competencia, pues negarle esa facultad al juzgador sería desconocer la posibilidad de la colisión de competencias, que es el camino legalmente dispuesto para encarar esta clase de discordancias, siempre que el juez no precipite decisiones sobre la regularidad del proceso (C. P. P., arts. 97 y ss.). (Se destaca).

Así ocurre, por ejemplo, "... si la acusación contiene cargos por un delito de conocimiento de la justicia ordinaria y el juez considera que la calificación debió hacerse por uno de competencia de la justicia especial regional, caso en el cual está obligado a proponer colisión negativa sin festinar decisiones sobre la validez de la actuación.

"Por fuera de esa hipótesis, el juez debe asumir el conocimiento del proceso, sea cual fuere la inconformidad suya con el pliego de cargos, para, en el curso del juicio, tomar la decisión que corresponda con arreglo a las soluciones que la ley procesal le ofrece, siempre y cuando no desconozca, al menos no antes de la sentencia, la valoración jurídico-probatoria que la acusación contiene en relación con la materialidad del hecho y la responsabilidad del procesado, pues, de hacerlo, suplantaría al fiscal en el ejercicio de la función acusadora que, como es bien sabido, le pertenece" (auto 28 de agosto de 1995. Radicado 10.695. M. P. Fernando Arboleda Ripoll).

A estas razones de estructura procesal, que en Colombia son una realidad jurídico-

positiva de nivel constitucional y además legal, obedecen las precisiones que hizo la Corte en la sentencia de casación del 2 de agosto de 1995, cuyos términos son los siguientes:

“En desarrollo del mandato constitucional, el estatuto procesal distribuyó las competencias entregando a los fiscales la misión de ‘investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar’, ante los jueces y tribunales, a quienes otorgó la función de juzgar. A partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación (art. 444 C. P. P.).

“Esto significa que el fiscal no puede pretender en la etapa del juicio adicionar la acusación, ya que los cargos deben estar formulados en su totalidad en el proveído calificadorio, de manera que el enjuiciado tenga la certeza de que es exclusivamente de ellos que debe defenderse.

“La dimensión de la responsabilidad asignada a los fiscales por la nueva Constitución obliga a que su cumplimiento se realice con el mayor esmero, cuidado y profundidad, y a su vez hace necesario que el Ministerio Público esté atento a interponer los recursos de ley cuando la calificación no sea correcta. A la etapa del juicio no se puede llegar con incertidumbre sobre cuáles son los cargos, ni ese es momento oportuno para tratar de concretarlos.

“La elaboración de los cargos en cuanto a la tipicidad implica precisión sobre los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, señalando los tipos penales correspondientes a la denominación jurídica y a las circunstancias agravantes y atenuantes modificadoras de la punibilidad, así como a las genéricas que deban ser advertidas desde ese momento, esto es, aquellas que requieren de una valoración o análisis previo a su deducción.

“El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la

resolución de acusación, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que el pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas. De igual modo, los sujetos procesales tendrán en dicha resolución un punto de referencia definido sobre las pruebas que pueden presentar y solicitar en el período probatorio de la causa, las cuales se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretendan dar lugar a nuevos cargos.

“Desde luego que lo dicho es sin perjuicio de que el juez frente a una resolución que afecta el debido proceso, bien por inobservancia de sus requisitos formales o por error en la denominación jurídica, deba invalidarla para que el fiscal subsane la irregularidad advertida” (M. P., Ricardo Calvete Rangel. Se ha subrayado).

También en el auto del 28 de agosto de 1998, cuya ponencia hizo el magistrado Fernando Arboleda Ripoll, se perfiló dicha singularización en el siguiente párrafo:

“La Sala ha reiterado la fuerza vinculante que tiene la resolución de acusación ejecutoriada en un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, en la medida en que no puede ser desconocida por el juzgador con argumentos apriorísticos, y al concretar los hechos por los que se llama a juicio delimita la competencia y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación anticipada del proceso (arts. 37 inc. final, 38 y 39 del C. de P. P., modificados por los arts. 3, 6 y 7 de la Ley 81/93)”.

2. Nulidad de la resolución de acusación. Las prevenciones de profesionalismo y rigor técnico en la actividad del fiscal y el ministerio público, que se hacen en la jurisprudencia transcrita, además del sano sentimiento de precaver las nulidades, se convierte en un clamor para evitar la violación de las garantías del procesado o las



defraudaciones a la sociedad en el ejercicio del poder punitivo, pues no todas las equivocaciones del fiscal en la acusación se podrán enmendar por aquella vía o por el poder del juez en la sentencia, merced precisamente a la vigencia de los principios de separación funcional y preclusión de la calificación sumarial, que de tal manera se constituyen en un esquema de garantía.

En efecto, si la nulidad es la sanción que establece la ley para el acto jurídico que en su realización haya violado u omitido las formas preordenadas por ella misma, en principio, no podrán decretarse nulidades por razones de mérito (in iudicando), sino de regularidad del procedimiento (in procedendo). Se trata de irregularidades en los elementos esenciales de composición de los actos del proceso, que por tener tal entidad desvirtúan en el hecho procesal su aptitud para cumplir el fin a que estaban destinados.

En este orden de ideas, en lo que atañe a la nulidad de la resolución acusatoria por falta al debido proceso, sólo la justifican los vicios que impedirían proveer de fondo y dictar sentencia. Así entonces, si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no puede ser motivo de nulidad, por el prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente, el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación -en lugar de la autoría que piensa el juez-, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo.

Estas discrepancias entre los funcionarios judiciales, en verdad, no obstaculizan la decisión de fondo, a menos que, como se dijo antes, la alternativa calificatoria propuesta por el juez comporte un cambio de competencia y haya lugar entonces a la

respectiva colisión negativa, pues, en otras circunstancias, sería un desbordamiento de su poder que acudiera a una especiosa nulidad por falta al debido proceso, con el fin de imponer arbitrariamente la calificación que él concibe. Cosa distinta ocurre si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia.

La Corte ha sostenido reiteradamente que solamente el error en la denominación jurídica de la infracción constituye causal de nulidad, como vulneración del debido proceso, porque en tal evento el fiscal se aparta drásticamente de las reglas de lógica y comprensión jurídica que rigen el proceso de adecuación típica del comportamiento, dado que trasciende el capítulo o el título correspondiente, pues en tal evento la calificación jurídica ignorada por el fiscal y vista por el juez, se soporta sobre los mismos hechos que el instructor declaró probados, con lo cual el juzgador que decreta la invalidez no invade la órbita de las funciones propias del acusador.

Así, en el auto del 25 de abril de 1995, la Corte expuso:

“... es oportuno reiterar que para esta Corporación el error en la denominación jurídica trae como consecuencia la nulidad del proceso a partir del auto calificadorio inclusive.

“Al juez como director de la etapa de juzgamiento le corresponde velar porque la acusación haya sido formulada correctamente, aspecto este que forma parte de la garantía del debido proceso, y que de ningún modo constituye violación del principio de imparcialidad, pues en el caso de la denominación jurídica se trata simplemente de verificar que a los hechos declarados probados por la fiscalía no les haya dado un nomen juris equivocado.

“No es cierto que el fiscal sea una especie de dueño absoluto de la acusación, entre sus funciones efectivamente está la de acusar, pero dicha acusación no será de recibo si no se ajusta a las exigencias del debido proceso, entre las cuales, como ya se dijo, está la de dar a los hechos que estime acreditados la denominación jurídica acertada” (M. P. Ricardo Calvete Rangel. Subrayas fuera de texto).”

No se trata, como parece ser entendido por la Delegada, del criterio que se tenga sobre si la imputación contenida en el pliego acusatorio es fáctica, jurídica o mixta; tampoco si el juez obró bien o mal al no acceder a lo solicitado por el Fiscal en la audiencia pública, sino de establecer si el ejercicio de la acción penal por los agentes estatales es disponible o no, la manera de ejercer esa disponibilidad, las etapas en que puede hacerse y las implicaciones que trae para la actuación, obviamente todo esto de cara a la regulación legal como corresponde a un Estado de Derecho, aspectos que debieron ser referidos en la demanda a fin de demostrar la violación de la garantía fundamental al debido proceso, sin embargo de lo cual se mantiene absoluto silencio.

Entonces, como la pretendida violación al debido proceso no aparece demostrada en el presente caso, se impone declarar la improsperidad del cargo.

CARGOS SEGUNDO Y TERCERO. (Violación indirecta de la ley).

El actor aduce que el juzgador incurrió en errores de hecho puesto que no obstante obrar válidamente en la actuación la confesión del procesado, y los testimonios de LEONIDAS GARCIA LEON, MIRIAM PALACIOS, JORGE COTRINO, PEDRO DELGADO GALINDO, ISRAEL ANGULO, BLANCA TULIA RODRIGUEZ CORTEZ Y FERMIN RODRIGUEZ VARON, “no se le dio valor alguno en cuanto a la certeza sobre la forma como los hechos realmente ocurrieron”, determinando, al amparo del segundo cargo la inaplicación del artículo 29.4 del C.P. y del tercero la falta de aplicación del artículo 60 ejusdem relacionado con la

diminuyente punitiva por ira. Por esto, se impone su análisis conjunto, sin perjuicio de advertir el interesado y contradictorio alcance que respecto de los mismos medios de convicción persigue darle el libelista.

Del desarrollo que se hace a las censuras, se colige que los dos cargos se fundan en haber incurrido el juzgador en errores de hecho por falsos juicios de existencia, al no tomar en cuenta los referidos medios a pesar de obrar válidamente en el proceso. Con miras a su desvirtuación, ha de recordarse lo considerado por los juzgadores:

En el fallo de primer grado que, como se sabe, conforma una unidad jurídica inescindible con el de segunda instancia en aquellos aspectos no modificados por éste, se señaló expresamente:

“De manera consecuente con la ocurrencia de los hechos y la declaración confesa empero calificada del procesado, se allegaron al plenario un sinnúmero de atestaciones alinderadas las unas con lo expuesto por el ahora encausado, las de las personas de LEONIDAS GARCIA LEON, MYRIAM PALACIOS, JORGE COTRINO, PEDRO DELGADO GALINDO, ISRAEL ANGULO y BLANCA TULIA CORTES etc., amigos de vecindad, conocidos y familiares del implicado, quienes encausaron sus deposiciones a corroborar lo dicho por éste en sus descargos. Y por otro lado las de las personas de NORLEY y JAIRO MARTINEZ PEÑA afines consanguíneos de las víctimas y HENRY LONDOÑO GIL, los dos primeros sostuvieron que su hermano JOSE ANDRES MARTINEZ PEÑA, al darse cuenta de un problema que se presentaba en la cafetería donde ocurrieron los hechos, pensó que podía estar involucrado su progenitor por lo que desenvainó una peinilla que llevaba y blandiéndola intentó ingresar al establecimiento en el momento en que cerraban la puerta de acceso instante en que PALACIOS ALARCON, sin mediar palabra alguna le propinó un impacto de bala que lo derribó. Que JOSE ANDRES MARTINEZ al oír el disparo se acercó y observó a su hijo agonizando, procedió a sacar su arma de fuego e ingresando con ella en la mano, el sindicado PALACIOS ALARCON que se encontraba escondido detrás de la puerta

de entrada le disparó repetidamente por la espalda cayendo abatido.”

“En atención al recuento probatorio relacionado y resumido en antes y a nuestro juicio suficiente y definitivo para tomar la determinación de fondo a que haya lugar; el Despacho es del convencimiento que la realidad procesal más válida y creíble, es la de que cuando MARTINEZ PEÑA (Hijo) pretendió ingresar al establecimiento de marras (Cafetería Central) armado de un machete en busca de su padre cierto de la gresca, pelea o riña que en dicho establecimiento ocurría, HECTOR JULIO PALACIOS ALARCON sin mediar agresión verbal ni física sólo para evitar que aquél penetrara al café sin reparo alguno y sin necesidad de que se lo exigiera disparó en lugar que inequívocamente aseguraba la muerte de la víctima. Lo propio ocurrió con la muerte de JOSE ANDRES MARTINEZ (padre) que naturalmente ante tal situación se introduce en el establecimiento en busca del responsable quien lo espera y lo acribilla por la espalda cuando cruzaba la puerta de acceso, pretendiendo sin ningún éxito, gracias a la prueba técnica científica de la necropsia sin lugar a equívocos definitiva en el exámine para establecer la verdad objetiva de los hechos y que además no puede ser aleccionada, achacarle la muerte a un extraño que nunca disparó sino que tomó el arma y se la hurtó. En tal sentido se ordenará la compulsa de las piezas pertinentes para la averiguación y seguimiento de dicho punible” (fls. 325 y 326).

El sentenciador de segundo grado, por su parte, en relación con los mismos medios probatorios que vienen de ser referidos, dijo lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa, la defensa afinca su pretensión defensiva, en la confesión calificada del acusado PALACIOS ALARCON (fls. 37 y 141), refrendada por las versiones de LEONIDAS GARCIA LEON, MYRIAM PALACIOS, JORGE COTRINO, PEDRO DELGADO GALINDO, ISRAEL ANGULO, BLANCA TULIA RODRIGUEZ CORTES y FERMIN RODRIGUEZ VARON ((fls. 26, 31, 33, 34, 58, 122, y 166), que en la forma como están concebidas, darían lugar, sin ninguna clase de dubitaciones, al reconocimiento de la eximente de

responsabilidad consagrada en la norma penal antes indicada (art. 29.4 del C.P.), por haber actuado el implicado en legítima defensa de su integridad personal”.

“Pero como no es el cúmulo de testimonios recibidos los que establecen la figura en comento, sino la forma como realmente tuvieron ocurrencia los hechos. Si esta surge clara, sin nada que la ponga en tela de juicio, pues se debe reconocer; pero, cuando aparecen hechos y circunstancias que la desvirtúan, se deben sopesar para no incurrir en injusticias, así sean éstos en menor cantidad”.

“Como se dijo antes, el numeroso grupo de testigos que corrobora la confesión de PALACIOS ALARCON, es conteste en señalar que éste se vio en la necesidad de dispararle a JOSE ANDRES MARTINEZ PEÑA, porque con peinilla en mano se le fue encima de frente, retrocediendo de para atrás el implicado hasta la vitrina del establecimiento, donde esgrimió su revólver para hacerle el disparo que terminó con su existencia. Por su parte, que como JOSE ANDRES MARTINEZ (padre), llegó al mismo sitio disparándole con el revólver que portaba, le respondió de la misma manera, cayendo éste ‘bocabajo’”.

“Desafortunadamente, las declaraciones referidas no ofrecen la garantía de credibilidad de que deben estar revestidas a la luz de la sana crítica del testimonio, toda vez que están en contravía con la prueba científica (necropsia), que estableció que el disparo fue hecho a MARTINEZ PEÑA a una distancia que no pudo ser superior a los cincuenta centímetros, por el tatuaje y anillo de ahumamiento que se halló en el sitio del impacto (región lateral del cuello, lado derecho). Qué indica esto? Nada menos que la imposibilidad absoluta de que los hechos se hubieran presentado de la forma narrada por las personas antes mencionadas, pues quien ataca de frente con peinilla en mano, según lo enseña la experiencia, debe recibir las heridas de su opositor también de frente y no como en el presente caso al lado derecho de su cuello; pues de lo contrario, tendría que presentarse algo anormal, que no sucedió en el caso que nos ocupa; pues la uniformidad de los

testigos en este sentido es el común denominador, o sea que éstos por parte alguna mencionan que la víctima hiciera algún giro que permitiera la herida en el sitio indicado; por el contrario, son determinantes en el señalamiento del ataque frontal que realizaba, que hacía también imposible el disparo a corta distancia por la longitud de la peinilla del brazo, para poder dejar las huellas antes referidas”.

“Y qué decir de los impactos padecidos por el padre de MARTINEZ PEÑA?. Esto aún, deja más clara la falta de seriedad y honestidad como declararon las personas que pretendieron favorecer al acusado, quienes en su afán de colocarlo por fuera de responsabilidad penal, no ahorraron esfuerzo alguno para tratar ubicarlo también dentro de una legítima defensa de su integridad personal, ante el ataque a los disparos de que era blanco. Proceder éste falaz y por consiguiente carente de fundamento; ya que si JOSE ANDRES MARTINEZ entró al lugar de los hechos -donde acababa de ser muerto su hijo- disparando el revólver que portaba contra la humanidad de PALACIOS ALARCON, no podía recibir los disparos con que apareció por la espalda, como lo determina la necropsia, toda vez que es el mismo implicado quien asevera que repelió el ataque que le hacía el hoy interfecto con dos disparos que motivaron su desplome boca abajo, con los cuales precisamente apareció en el acto de la diligencia de levantamiento de su cadáver y en la autopsia que le fue practicada”. (fls. 10 y ss. cno. Trib.)

Esto no conduce inexorablemente a tener que descartar la transgresión indirecta de la ley sustancial que se alega en la demanda, pues como objetivamente puede verse, siendo en ese propósito que se ha hecho la extensa transcripción de los fallos, ningún error probatorio puede atribuirse a los sentenciadores.

El contenido del discurso expuesto en aras de desarrollar la censura propuesta, lo que

patentiza es el particular mérito valorativo que se persigue darle a los referidos medios de convicción, para anteponerlo al declarado en la sentencia combatida, posición inadmisibles en sede de casación, por la libertad relativa de que gozan los juzgadores para apreciar las pruebas y asignar su mérito persuasivo, limitada tan solo por las reglas de la sana crítica como método de valoración al que remite la ley, cuya transgresión a más de no ser denunciada, tampoco aparece acreditada por parte alguna.

Los cargos, por tanto, no prosperan.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. Devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR



Secretaria.